

詐害行爲取消權の本質

山 中 康 雄

- 一 詐害行爲の不法行爲性
- 二 特殊の不法行爲たる詐害行爲の効果としての原狀回復請求權
- 三 詐害行爲訴權の成立要件に關する二・三の問題

一 詐害行爲の不法行爲性

詐害行爲取消權はたとえば債務者が、その債權者を害することを知りて、その財産を減少せしめる行爲をなし、よつて一般債權者の債權が十分に辨濟をうけぬようにした場合に、債權者のためにみとめられる權利である。債權は、それが金錢債權である場合はもちろん、金錢債權でない場合でも、結局は債務不履行にもとづく損害賠償請求權というかたちで金錢債權となりうるものであり、そうなればその債權が強制執行せられる場合には債務者の全財産がその執行の對象となりうるわけである（この意味で一般債權者の共同擔保になつていゝといつてもよいであらう）から、もし債務者がその財産を減少せしめるような行爲をなし、それによつて債權者がその債權を強制執行しようと思つても十分に財産がないというような状態をつくりだしたならば、債權者はその債權について利益を害せられてゐるわけである。もつとも右の債權の利益を

害するということが、債務者の資力を減少せしめるという要件を必要とするか、それとも一債權者にたいし債權の全額を辨済した結果（この場合は積極財産の減少は消極財産の減少）他の債權者にたいする辨済にむけうべき財産が減少したという事實（この場合にも一般債權者の共同擔保が害せられたといわれうる）があればたりののかということについては學説がわかれてゐるが、この點はのちにふれることにして、要するに上記のように債權者の利益を害したという事實があれば債權者に詐害行爲取消權がみつめらるのである。ところで右取消權はどのような性格の權利であるのだろうか。

この問題は、從來、債權説すなわち債權者取消權をもつて債務者の詐害行爲により利益をうけたる者（受益者）にたいしその得たる利得を返還せしめる權利なりとする立場の學者によつて検討せられるのが普通であつた。けだしこの立場では右の請求權がなぜ發生するのかを問題とせねばならぬからである。しかし、よく考えてみればこの問題は、物權説すなわち債權者取消權の本体をもつて債權者の意思表示により債務者と第三者間の法律行爲の効力を遡及的に、いかえれば物權的に消滅せしめる取消權なりとする立場においても、また折衷説すなわち債權者取消權をもつて債務者受益者間の法律行爲を取消し、かつ必要に應じて受益者または第三者にたいし利得の返還、その不能なる場合にはこれにかわる損害賠償を請求する權利なりとする立場においても、がんらい検討せられねばならなかつたことである。なぜならこれらの説においても、なぜそのような權利が發生するのかの根據はやはり検討されねばならぬからである。けだし取消さるべきものとされている詐害行爲は贈與、賣買、債務免除というごとくそれじたい法律にみとめられた適法な行爲であるばかりでなく、瑕疵も内在しない法律行爲でありそれはほんらい取消さるべき原因を内在せしめていない法律行爲なのだからである。それはともかくとしてこの問題につき債權説が何と答えてゐるのかとい

うと、ここでもいろいろ意見がわかれているが、周知のごとく、不法行為にもとづく請求権なりとする説、準不法行為なりとする説、不當利得返還請求権なりとする説、受益者は他人の債務にたいして責任をおうものであるとする説、法律がとくに衡平の法理にもとづきみとめた請求権であるとする説などがその主なるものである。そのどれが正しいであろうか。私はかつてこの問題につき、不法行為説をとつたが（私の「債權總論」）、今もなおそれが正しいと信じている。本稿は、この點につきさらに立ち入つた説明をこころみることを目的とする。

まず簡単に不法行為説以外の説を簡単に批判しておこう。準不法行為なりとする説は、要するに債務者と受益者のあいだの詐害行為が不法行為であるとはなしえないが、しかし法はこれを不法行為と同一にとりあつかおうとしているのだというのである。不法行為ではないが不當な行為なのだという考えかたなのであろう。しかし私は不法行為のほかに準不法行為という別個の觀念をみとめることには賛成しえない。不法行為であるかそうでないかのいずれかであるべきであり、もし準不法行為の觀念をみとめねばならぬとするならば、私は從來の不法行為にかんする考えかたを反省して、いわゆる準不法行為の觀念を包攝しうるようなあらたな不法行為概念をもつべきだと思う。つぎに不當利得返還請求権だとする説については、債務者と受益者間の詐害行為は、たとえそれが無償行為であらうと不十分な對價をもつてなされた行為であらうと、それじたいは法が不法なりとしている行為ではなくほんらい適法な行為（詐欺強迫にもとづく等の瑕）であるのだから、受益者の利得は法律上の原因にもとづくものであり、不當な利得だとはいえない。もつとも法律形式上は適法な利得であつても衡平の法理からすれば是認しえぬ不當なものについては、なおこれを不當利得とみとめうべく、右の不當利得と相當因果の關係において發生した債權者の損害とのあいだに不當利

得返還請求の關係をみるとむべしとする理論も考えることができるのであるが（もつとも判例のように不當利得と損害とのあ
場をとれば、受益者の利得は直接に債權者の財産上の損害において發（い）だに直接の關連がなければならぬとする立
生したものではないから、この場合不當利得を肯定しえぬであらう）、しかし不當利得の法理は、不當利得をもつて損害を賠
償せしめることに本體があるのであり、賠償されたものがそれにもかかわらずなお右不當利得を返還せしめた債權者
のものになりえず、つぎにそれを債權者の債權の辨濟にあてるといふ問題がのこつていふということがごときことは、不
當利得返還請求權説をもつてしてはとうてい説明のできぬことであらう。あるいはここで準不當利得という觀念また
は不當利得返還請求權に類似する權利なりとする觀念をもちだす理論もあるわけであるが、それは、準不法行為とい
う觀念をもちだすこととおなじように、あいまいな言葉の手法で問題の解決をごまかすにひとしいことになると私は
考える。つぎに受益者は他人（債務者）の債務について責任をおわしめられているのだとする説は、さらになぜそう
なるのかの法的根據がたずねられねばならぬのであつて、問題の解決をたんに一歩先におしやつたものにすぎぬもの
であるばかりでなく、受益者が債權者に債務者より取得した利得を取消債權者にたいして給付するのは、債務者の債
務の辨濟としてなすものではないことは、けだし債權者がなを受領したのちに債權者の債權の辨濟にあてるといふ問
題がのこつていふことによりあきらかと思う。つぎに法律がとくに衡平觀念にもとづいて債權者にみとめた權利だと
する説は、他に適切な根據をみいだしえぬ場合の最後の理論だとせねばならぬ。法形式上は債務者受益者間の詐害行
爲は前記のごとく適法な行為であるのだが、衡平の觀念からいつてそのままにすておくのは妥當でないので、法がと
くにこの權利をみとめたのだということは、「とくに」というところに意味があるとせねばならぬ。けだし詐害行為
取消權は法によつてみとめられてはじめてできた權利であるのだから、これを法が債權者にみとめた請求權だといふ

たのではあまりに自明のことでありすぎて答にならぬからである。しかしその「とくに」ということが、はたしてどういうことなのかは、はなはだしくあいまいである。これをあいまいにしておくかぎりこの説は答えるべきことに答えていない理論だといわねばならぬ。私はこの問題については、不法行為なりとする理論以外に正しい答を求めうべき道はないと考えるものである。ただし私がこれを不法行為なりとするのは、ただちに民法七〇九條のそれだということではなくて不法行為と本質をおなじくするもの——だから不法行為ではないが不法行為に準ずるものだとするのではない——だということである。その所以をつぎにのべよう。

すでにのべたように詐害行為取消権が行使せられる要件としては、債務者が、その債権者を害することを知りて、その財産を減少せしめる行為をなし（この點については問題があるが、いちおうこのべておく）、もつて債権者の利益を害するということが必要である。これはただちに不法行為と考えてよいのではなからうか。

第一に、右詐害行為によつて債権者がその辨済をうけえなくなつたという意味で、その利益を害せられているということは、不法行為の成立要件としての「他人ノ權利ヲ侵害シタル」という要件をみたしていると思う。この場合、債権者債務者間の債権は右詐害行為にもかかわらずなお依然として存続しているのであるから、なんら債権者の權利は害されていないという反對論も考えられうるが、しかし不法行為の成立要件としては、かならずしも他者の權利を侵害した場合にかぎるべきでなく、もつとひろく法的な利益すなわち他者の法益を害したということをもつてたと解すべきことは今日の通説判例である。詐害行為によつて債権者がその債権につき十分の辨済をうけえなくなつたということとは、とにかく債権者にとつては損害であり、めいわくこの上ないことであるのだから、この場合私は十分

に、法益の侵害があつたとみとめうると思う。

第二に、不法行為の成立要件としての故意過失ということを、詐害行為について考えてみよう。詐害行為については民法四二四條は「その債權者を害することを知りて」という主觀的要件をあげており、詐害された利得の返還請求をうける受益者や轉得者についても、同法條はそれぞれ惡意の要件を規定している。私はこれらの主觀的要件を「故意」と同一に理論構成しうると考える。とくに債權者を害すべきことを欲したることを要するか、それともたんに認識あるをもつてたりるかという問題についても、不法行為理論における故意と同一に理解すべきである（認識説が通説判例と）。ただ不法行為の場合と異なるのは、詐害行為の場合には、故意のみが成立の主觀的要件とせられ、債務者が過失によりて一般債權者を害すべきことを知らざる場合には詐害行為が成立せずとせられている點である。すなわちここでは一般の不法行為のように故意過失という要件ではなくて、故意だけが要件とされている（この點は原則として故意の刑法と似ている）のである。

なぜ詐害行為の場合に債務者の故意のみを要求し過失を要件としなかつたかという理由を、私は第一に、詐害行為はそれじたいほんらい適法な行為であるということ、第二に、詐害行為はつねに受益者がある行為であり、債務者より逸出した利得の返還請求というかたちで詐害行為取消權が行使せられる場合には、右行使の相手方はつねに受益者または轉得者であるということ、また詐害行為として債務の免除がなされた場合には、取消權の行使の結果受益者が重大な影響をうけるということにもとめたいと思う。取消權の行使の結果がたんに債務者に影響するにとどまり、債務者以外の第三者にたいしては損害をかけぬものであるときは（すなわち取消權の行使がたんに債務者だけのことであるとすべきものであれば）詐害行為の成立

件としては債務者の故意過失ということを規定してもよいと思うのである（むしろそうすべきである）が、それがあらゆる場合に受益者や轉得者に重大な損害を生ぜしめる効果を生ずるようなものであり、しかもその權利の行使の相手方がつねに債務者ではなく受益者または轉得者であるというようなものであるときは、私は債務者に相當の惡質（過失よりも故意の方がそうである）の行爲があり、すなわちかれに故意があり、かつ受益者や轉得者が右債務者が故意に詐害行爲をしたという事實を知つていた場合にのみ、第三者に詐害行爲取消權の行使の効果をおよぼさしむべきであつて、債務者が過失によりてその行爲が債權者を害すべきものであつたことを知らなかつたという場合には、受益者や轉得者を相手に右權利の行使をみるとめ、これらの者に詐害の効果を生ぜしめるがごときことは、これらの者にたいし酷に失ふと考えるものである。もつとも詐害行爲がそのことじたい不法なものであるものならば、なお右の理によるも、故意だけを成立要件とし過失を主觀的要件より除外すべきものとする根據が薄弱だといふことは私もみとめるものであり、過失を除外した理由としては、詐害行爲がそのことじたいほんらい適法なものであるといふことをも、このさい考慮にいれねばならぬと思う。詐害行爲は、それがほんらい適法なものである以上は、債務者がそれを故意にしたというような惡質の度の高い場合にだけすでに右受益のときに右のような惡質の行爲なることを知つていたが故に右債務者の不法行爲に共謀したといふことのできる受益者、または轉得のときに轉得物が詐害行爲により取戻されるべきものであることを知つていた轉得者にたいして詐害行爲取消權の行使をゆるすべきであり、債務者が過失によりて詐害行爲たることを知らざりしときのように惡質の度の低い場合にまでこれをゆるすべきではないと思われる。

また詐害行爲の場合に、故意のみが主觀的成立要件とせられ過失が除外せられているという點については、さらに

一步すすんで不法行爲の場合にあらゆる場合に故意と過失とを同一にとりあつかうべしとする考えかたについても、われわれは反省せねばならぬということがいえるのではなからうか。過失より故意の方が情狀が重いことはたしかである。さればこそ犯罪を處罰する刑法においては、過失を處罰することを例外のこととし、原則として故意のみを處罰しているのである。しかし不法行爲においても、その損害賠償請求權發生の根據を損害の公平なる分擔（加害者に全めることが公平なれば、そうする）ということにもとむべしとする近時の有力なる學說よりすれば、侵害行爲の態容、その社會的違法性のていど、被害法益の種類、損害の輕重その他加害者被害者をめぐるあらゆる事情を綜合して損害の公平なる分擔をきめるということが考えられるのであり、その結果、一方に無過失責任がみとめられねばならぬ場合がでてくるとすれば、他方にこれと反對の方向におい、加害者が故意であつたか、重過失であつたか、抽象的輕過失であつたのかというような事情によつて區別し、抽象的輕過失の場合には不法行爲にならぬとみとめねばならぬ場合もありえてよいのではなからうか。ただしこの問題は、他日にその研究を留保し、ここではひとつの疑問としてのべるにとどめたい。

詐害行爲の主觀的要件については、まだ問題がある。それは外國の立法例では、ドイツ法 (Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898) スイス法 (Bundesgesetz vom 11. April 1889, über Schuld-betreibung und Konkurs.) が債務者の無償行爲については債務者の惡意を要件としていないこと、しかも有償行爲については詐害の意思を要件とするが無償行爲についてはしからずとすることは、すでに詐害行爲取消權と破産法上

の否認權の兩者のもつとも古い前身たるローマ法上の *actio Pauliana* においてすでにそうであつたこと、わが法上も詐害行爲取消權とほんらいその本質を同じくすると一般に解されている破産法上の否認權の場合には破産法七二條二號五號による取消につき惡意を要件としていないことである。詐害の意思を要件とする立法例を主觀主義となづけるならば、ローマ法が主觀主義をとつたのにたいし、その後の立法は、破綻に近き一定の期間内になされたある種の行爲は、詐害意思の有無をとわず當然無効なりとして客觀主義をとるものが多く（詐害意思の證明が困難のためだつたといわれる）、やがてのちにはこれが破産宣告遡及効主義というかたちをとつたこともあり、現在のドイツ法では *actio Pauliana* の主觀主義に復歸しているとはいへ、詐害意思ないし惡意はかならずしもあらゆる場合に詐害行爲の要件とはされておらず、むしろ立法論としては無償行爲などではかかる主觀的要件を不要となすべきではなかつたかと考えられる。このことは詐害行爲取消權を不法行爲法上の請求權と解することの妨げとならないであらうか。私は詐害意思が要件とされないということじたいは、かならずしも不法行爲の成立を阻却するものではないと考える。けだし無過失責任の原則——故意過失すなわち故意を不法行爲責任の成立要件としない原則——は不法行爲においても、場合によりみとめられねばならぬことなのである。不法行爲責任の目的を損害の公平なる分擔ということにありとし、不法行爲責任の有無輕重を判斷するにあたつて、侵害行爲をめぐるあらゆる事情（侵害行爲の態容、被害者（被）の違法利益の種類性質等）を綜合してこれを決定すべしとするならば、侵害行爲の態容が無償行爲である場合には、債務者に故意なき場合といえどもなおかつ詐害行爲取消權という不法行爲責任を成立せしめることもありえてよいわけである。

しかしながら詐害行爲請求權がわが不法行爲法上の損害賠償請求權と現實に異なつてゐることをどうしても否定で

きない點は、じつにその損害を賠償する方法についてあることを、われわれはみとめねばならぬのである。民法七〇九條の不法行爲の場合の損害を賠償する方法は金錢賠償を原則とする。しかるに詐害行爲取消請求權の場合には、周知のように、物權説の立場では詐害行爲の取消であり、債權説の立場では詐害行爲により債務者から逸出した財産の取戻請求であり、折衷説の立場では右兩説を折衷して取消して取戻すのだとされている。詐欺強迫により法律行爲をなさしめることはまさに不法行爲であるのだが、この點につきわが民法は、九六條において被害者たる意思表示者にその法律行爲の取消權をみとめ、かつ七〇九條において損害賠償を請求しうべきことをみとめている。そして右の不法行爲たるあつかいはのちの點にあるのであつて、まへの取消の點にあるのではないことは、けだしそれが七〇九條の不法行爲にならぬ場合（すなわち損害がひとつもなかつたという場合）にもなお右の法律行爲の取消權を肯定すべきであることによりても明白である。同様に物上請求權も占有訴權も物權法上のことがらであつて不法行爲法上のことからではない。けだし物權侵害ないし占有侵害が不法行爲にならぬ場合（もつとも私はこの場合にはそのことじたいが損害のだ）にもなおかつ右の物上請求權や占有訴權は發生するとされているのだからである。これはおそらく通俗的な考え方であろう。そうだとすれば詐害行爲請求權もまた七〇九條の損害賠償請求權でない以上、それは不法行爲として法は規定していないといふのではないかという疑問があるわけである。この點を考えてみよう。

まず第一に詐害行爲の場合には、七〇九條の不法行爲の場合のような損害賠償請求權の成立するよちがないといふことは、私もこれをみとめねばならない。債權者が詐害行爲によりその債權を債務者の財産について實現することができなくされたといふことは、たしかに債權者にとつては損害であるが、しかし右損害を賠償させるためにここに金

錢による損害賠償請求權が発生すると解するとすれば、これまた困つた結果が生じるのである。まず債務者にたいする關係で債權者が右の金錢賠償請求權を認められたとすると、事實上とりたてえない債權が二つできあがり、救済方法としては無意味である。故に債務者と共謀した受益者にたいする關係で右金錢賠償請求權が成立することを認めねばならぬのであるが、この場合でもけだし債權者は右の損害賠償の支拂をうけたのち、その詐害された債權につきのちに（たとえば第三者の辨濟などにより）完全に辨濟をうけたとしたら債權者は損害の填補をうけた以上に利得をしてしまうといわねばならぬのだからである。もつともこの點は債權と金錢賠償請求權とを不真正連帶債務の關係にたつのだと解すれば救われうるかもしれないが。しかしそれにしても、右金錢賠償請求權が債務者という詐害行為のいわば主犯については成立せず、せいぜい從犯的な共犯者にすぎぬ受益者にたいしてだけ金錢賠償請求權の發生を認めねばならぬというのも妥當でないと思ねばならぬ。のみならず詐害行為はそれじたいは適法にして瑕疵なき行為であるのだから、不法行為としては適法行為と紙一重のすれすれである場合が多いであらう。かかる場合は、現狀回復という損害回復の方法が他にみとめられてあること、のちにとくごとなるにおいて、だから私はわが法の解釋としては金錢賠償請求權發生の効果をこの場合にみとむべきではないと考える。もしそうだとすれば詐害行為の本質は不法行為でないといふことになるのであらうか。しかし私はこれを否と考える。私は詐害行為が七〇九條の不法行為とその（要件）効果を異にするからといつて、ただちにそれが不法行為たる本質をもたぬとすることはゆるされぬと考える。もともと不法行為の効果が金錢賠償請求權の發生だとするわが民法の立場については、考慮すべきものがあると思ふ。不法行為がなされたとき、「金をくれ」というのは被害者の眞の心ではないのであつて、「さあ、どうしてく

れる。もとどおりにしてかえせ」というのが多くの場合被害者の心情であろう。そうだとすれば、不法行爲の効果の本當のありかたは、もとどおりにしてかえせという原狀回復請求權というかたちであるべきであつて、金錢賠償ということは、原狀回復が不可能な場合に認めらるべき第二次的のもの、または原狀回復だけではみたされぬ損害がある場合にかんする副次的補充的なものであるべきだということになる。ドイツ民法が不法行爲の効果の原則を原狀回復ということに求めたのは、この意味できわめて理由のあることである。だから私は詐害行爲に金錢賠償請求權がみとめられないからというだけで、なおそこに原狀回復の訴權がみとめられているにかかわらず、これを不法行爲ではありえないとすることはゆるされぬと考える。詐害行爲にたいし原狀回復請求權がみとめられている以上は、詐害行爲は、けだし金錢賠償請求權の發生をみとめられていないから、右發生を効果として規定するわが民法七〇九條の不法行爲にはなりえぬが、なおかつ不法行爲たる本質をもつ——不法行爲ではないところの準不法行爲だといふのではない——といつてさしつかえないと私は考えるのである。ちなみにこのさい附言するが、わが法が不法行爲に金錢賠償請求權を原則的效果としてみとめたことは、立法論的にいつて上記の私の考えかたにもかかわらずなお妥當であつたと私は考えている。けだし「さあ、もとどおりにしてかえせ」という方は、無効取消の法理や物上請求權や占有訴權の方法などによつて十分實現せられうることであり、その他の場合には、原狀回復が不能の場合にはもちろん（死んだ子とかえせという被害者の心情は無理からぬことだが、しかしこれはできないことである）原狀回復が可能な場合にも、原狀回復請求權をみとめ、結局、債務者の費用において代替執行とかたちの強制執行をせねばならぬようにならざるをえないであらうところの原狀回復請求權のみちを原則的のこととしてえらぶよりも、はじめから金錢賠償請求權を原則的のこととしてみとめた方が妥當と思

われるのだからである。

ところで詐害行爲という不法行爲においては、原狀回復としては、詐害された債權につき詐害行爲以前のときとなじていどに辨濟をうけうるような状態にもどしてやるといふことがもつとも合理的な方法だとせねばならぬ。そしてその原狀回復のみちはじつは詐害行爲請求權の効果として取消、または取戻、または取消して取戻といふことをめぐつて學説が争つてゐるあのやりかたであるといふように考えることができるのではなからうか。この點はつぎの章で検討することとするが、私はこれを肯定するのであり、だから詐害行爲はかかる原狀回復請求權をその本質的效果とするところのやはりなお不法行爲たる本質をもつものだといふのであるまいか。私はこの問題を詐害行爲取消權にかんするだけのこととは思わないのであり、たとえば詐欺強迫により法律行爲をなさしめられた場合の取消のよゝな効果も、不法行爲の原狀回復の方法を規定したものであると考へてもよいのだと思ふ次第である。同様なことは物上請求權や占有訴權についてもいふであらう。私は、それらがたんに不法行爲の章中に規定されていないからという形式的非本質的な理由からだけでは、それが不法行爲たる本質をもたぬとはいへぬと思ふ。概念法學のコチコチの形式論理のとりことなつてゐる頭腦だけが、そのような形式論をうけいれることができるだけであらう。物上請求權が、權利は尊重されざるべからずという根本規範(權利の不_{可侵性})からみとめられた規範原理であることは否定しえぬとしても、同時にそれが不法行爲の原狀回復をみとめた性格をもつものであつてはならぬという理はない。物上請求權の場合には故意過失の要件が物權侵害者に缺けている場合もありうるが、さりとてそれが無過失責任の法理をも展開しうる不法行爲の領域にふくまれえぬといふことはありえない。しかしそれはともかくとして詐害行爲の制度は、

私はこれを詐害行爲という不法行爲にかんし、その（金銭賠償請求權を肯定する）特殊の性格にもとずき、その効果として特殊の原狀回復方法を被害者たる債權者にみとめたものであると解するのである。

二 特殊の不法行爲たる詐害行爲の効果としての原狀回復請求權

詐害行爲にたいして原狀回復をするには、どのようなことがなされねばならぬであらうか。いま民法四二四條の解釋ということとの直接の關連をはなれて、どのような原狀回復をすれば、債權者の詐害行爲による損害がつぐなわれるかを、まず検討してみよう。私は詐害行爲の本質にかんする從來の學說を參考にして考えるならば、それには三つの方法があると思う。

第一は、詐害行爲を取消すだけでよいとせられている場合である。これはたとえば債務者のなした債務免除や無償の債務負擔行爲の場合のごときが詐害行爲となつている場合である。債務免除の場合には右免除を取消し、右免除された債權を復活せしめることによつてのみ、債權者はその強制執行しうべき債務者の財産の減少をもとにもどすことができるわけである。この場合には取戻というがごときことは、なんらなされる必要はない。ここでは原狀回復方法はまさに取消ということだけでよいわけである。

第二は、詐害行爲により債務者より逸出した利得を取戻すことが原狀回復の中心問題とならねばならぬ場合である。これはたとえば債務者がその所有する唯一の財産たる不動産を、詐害行爲として、不當の廉價にて他に賣却し、または他に贈與したる場合などである。この場合右の取戻請求權の成立の根據をどのようにに理論構成すべきかは

別問題として、この場合の原状回復の方法の中心はまさに取戻ということにあるわけである。

第三は、取消と取戻とをふたつながらともに原状回復の方法の中心とせねばならぬ場合である。これはたとえば「社員が其ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ會社ヲ設立シタルトキハ債權者ハ其ノ社員及會社ニ對スル訴ヲ以テ會社ノ設立ノ取消ヲ請求スルコトヲ得」(商法一四一條)というような場合である。この場合には出資行為だけを取消し、または出資物を取戻したということだけでは、まだ設立された會社そのものがのこつてゐる以上は出資義務を追完せしめられることにならざるをえぬのであり、したがつてこの場合には會社設立行為までも取消さねばならぬ必要があるのだからである。前記第二の場合だと、詐害行為たる賣買契約において目的物が取戻されても、けだし賣買契約の履行の完了後のことなるをもつてかさねて履行せしめられるという問題がのこらず、ただたんに追奪擔保の關係だけがのこるのにすぎないのであるが、この點はこの第三の場合と異なるわけである。

右にのべたところから詐害行為という不法行為における原状回復の方法としては、上記三つの類型のそれぞれの場合に、右にのべたようにそれぞれ違つたかたちの原状回復がおこなわれるのがもつとも妥當だということになつてくるが、しかし原状回復の規範原理としては、ある場合は取消だけ、ある場合は取戻だけ、ある場合は取消と取戻だけだというように、不統一な便宜的なものをならべておくにとどめるわけにはいかないのであり、そこに統一的な規範原理がなければならぬ。そこで學者はいずれも右のうちのどれかひとつだけをとりだして、それをもつて他のすべての場合をおしきつてしまわうとする態度をとるのである。たとえば取消説をとるものは、右第二の場合にもたんに取消の効果をみとめるにとどめ、その場合に原状回復の方法の中心をなす取戻の點については、結局、もし債務者

が取消の効果を主張して取戻をなさざるとき（實際は詐害行爲をするくらいに債務者なのだからしないのが普通だろう）は、債權者としては民法四二三條の代位權を行使すれば可なりと主張している。これにたいし取戻説をとるものは、第一の場合についても取戻説を主張し、たとえば免除によつて受益者（免除をうけ
た債務者）のうけた利得を取戻すことをみとめられれば十分であるとする。しかし結局今日の通説はだいたい取消だけで十分なときは取消を、取消だけでは不十分な場合には取消と取戻とをみとめるという立場をとつていようである。その理由としては、取消説では、原狀回復の方法の核心として取戻を必要とする場合にも、これを詐害行爲取消權の效果にふくましめることができぬであり、かかる理論構成は、債權者取消權の制度のもうけられた趣旨を半ば以上減殺してしまうものであつて、そもそも詐害行爲取消權の制度ははじめから代位權の行使によつて補わねばならぬようなものとしてもうけられているはずがないと批判する。また取戻説では、法文に取消とあるのを不當に無視し、條文を逸脱した解釋論（立法論として
は不當）をこころみた誤りがあるのみならず、なぜ取戻されるのかといえはその根據には詐害行爲の効力が取消されたということがなければならぬと批判をする。もつとも右の取消ということについては、それを民法總則にいう意思表示の詐欺強迫にもとづく取消とまつたく同一に理解し、取消により詐害行爲はすべての人にたいする關係で無効になる——したがつて詐害行爲の當事者（債務者と
受益者）はすべてかならず詐害行爲取消訴訟の當事者にならねばならぬ——とする理論がかつて有力であつたが、これは取消取戻説のうちでも取消の方に重點をおいた説だといふことができよう。しかし今日では取消により受益者と債權者のあいだの詐害行爲は受益者と債權者または轉得者と債權者とのあいだにおいてのみ相對的に無効になるのだとする理論が判例通説となつていふ。これはおなじ取消取戻説のうちで

も取戻の方に重點をおいた説だといふことができる。後説では詐害行爲訴訟の當事者は債權者と受益者または轉得者であり、債務者はいかなる場合にも當事者とならない。これは取消を詐害行爲取消權の効果としてみとめるにしても、はたしてすべての人にたいする關係で詐害行爲を絶對的に無効にしてしまふ必要があるのだろうかという點につき反省をくわえたものであり、その必要なしとする認識にもとづくものであらう。

私は詐害行爲を不法行爲たる本質をもつものとして考え、詐害行爲取消權の行使をもつて不法行爲にもとづく原狀回復の請求だと解する立場をとるので、右の原狀回復は債權者の詐害行爲による損害の回復に必要なして十分なる限度にとどむべきであるとするのである。この立場からするならば、判例通説が詐害行爲取消の効果を絶對的無効より相對的無効に制限してきたことは、詐害行爲取消の効果を債權者の詐害行爲による損害の回復に必要なして十分なる限度にとどめようとする傾向をしめすものとして、私はすぐれたものとなす次第である。しかし私の立場からはこの關係的相對的無効の理論にたいしては、さらに一步をすすめて、前記第二の場合にはたして關係的相對的にもせよ詐害行爲を取消して無効にせねばならぬ必要があるのかどうかを疑うのである。たとえば他人の物を處分の權原なくして賣買契約をなした者がある場合に、その物の所有者が右買主より右物を取戻すのには、右賣買契約が有効であつてもよいのであり、右賣買契約が無効となつていなければ取戻せないというようなことはすこしもない。またたとえば假差押や假處分などにより讓渡、擔保その他の處分を禁止された物につき右に違反して賣買契約がなされても、その契約はそれじたい有効であり、ただたんに假差押權者や假處分權者にたいして右契約をもつて對抗しえぬだけのことにとすぎない。そうだとすれば詐害行爲取消訴訟においても、その取消の効果として詐害行爲をして取消債權者にた

いし對抗しえぬものたらしめるならば、それで詐害行爲にもとづく取戻請求權の發生を根據づけるに十分なのではなからうか。

かくて私は詐害行爲取消權の行使の効果をもつて、詐害行爲という不法行爲の原狀回復のために、(イ)詐害行爲をして取消債權者にたいして對抗することをえぬものにする、および(ロ)そのさい詐害行爲により債務者より逸脱した利得があれば、右利得につき債權者に引渡請求權が発生することであると解したいと思う。右は原狀回復のための方法なのだから、前記第一の場合の取消だけでよいとされた場合には右(イ)の効果のみ發生すればよく、また前記第二の場合には(イ)と(ロ)の効果の發生を必要とするわけである。取戻説は、右(イ)の効果をも不要としているのであるが、これは不當である。すなわち右(イ)の効果により、詐害行爲たる債務の免除、無償の債務負擔の行爲は、債權者に對抗しえぬものとなる。また右の効果を主張し、債權者が詐害行爲により債務者より逸脱した利得の引渡請求をなすのにたいしては、右受益者は右(イ)の効果により、右利得が權限にもとづくものであることを取消債權者にたいして對抗しえぬものにされる。また右は原狀回復の方法としてみとめられることであるから、詐害行爲がなされたのち、事情のいかんをとわず債權者の資力が従前のていどにまで回復したときは、たとえふたたびその後資力が惡化したりとしても、すでに原狀回復したのであるから、詐害行爲訴權は消滅すると解さねばならないであらう。私見にたいしてはおそらくつぎのような反對論がありうるのであらう。それは取消と法文にあるにかかわらずこれを無視して取消という語にあらたな意義をふくましていることは不當であり、かかる解釋は詐害行爲の取消の効果を無効と觀念してきた永き制度の歴史的沿革にも相應していないことである。もつとも私は、これはかつて債權説の論者たちが主張したこ

とであるが、取消なる語はかならずしも民法一二一條における取消と同一に解さねばならぬとは考えていない。けだし民法はある場合には取消の語を撤回の意味にもちいている（四〇七條Ⅱ項）し、民事訴訟法はある場合には取消の語を異義申立の意味にもちいている（八〇一條以下）からである。だから私は純理としては、取消の語の意味を前記(イ)の意味をもつものと解したい。しかも通説判例における關係的無効の理論が實際上どのような無効の効果を發生させているかということを考えてみるのに、たとえば詐害行爲としての債務者受益者間の廉價賣買契約にたいする詐害行爲取消權の行使を例にとるならば、右賣買契約は債權者と受益者のあいだの關係において相對的に無効とされているのにとどまり、それは受益者と債務者のあいだでは無効となつてゐるのではない——さればこそ受益者は有効なる右賣買契約につき債務者にたいし追奪擔保責任をとい、それによつて契約を解除しうるのである——から、無効だといつてもじつはそれは、無効ということじたいにはほとんど意義がなく、せいぜい受益者が債權者より詐害利得の返還請求をうけたとき、受益者をして自己が適法に取得したものであるということを債權者に對抗しえぬ地位にたしめること以外にはまつたく意味がないのである。だから私は通説判例のように無効を關係的無効、相對的無効のように制限して理解する考えかたも、なお無意味にひろすぎるものとして反對したいのである。取消の意義を不法行爲たる詐害行爲の原狀回復のために必要にして十分なる限度にその効力を否認することにありとするならば、それは上記(イ)の趣旨の限度においてその効力を制限すべきであり、これを絕對的無効とすることはもちろん關係的相對的に無効とすることすらなお廣きにすぎると私は考える。

もしも通説の解するごとくに詐害行爲の取消を絕對的にせよ相對的にせよ無効という効果を生ずる點で民法一二一

條の取消とおなじ性格をもつものだと考えねばならぬのだとしたら、私は取消しうべき詐欺行爲の範圍は狹義の法律行爲すなわち意思表示（意思通知はこれに準）にかぎられていなければならぬはずではないかという疑問をもっている。取消とは人がしたことを取消すのであり、人のしたことのなかでも事實行爲についてはそれは不可能であるから、結局意思表示や意思通知だけが取消しうるにすぎぬことになるであろう。意思表示や意思通知は取消が可能であるからそれが取消されることにより右意思表示や意思通知にたいして法がみとめた法的効力もそれのみとめらるべき基礎を失つて、無効となる。これに反し事實行爲は取消が不能であるから、右事實行爲に法がとくにみとめた効果もまた無効となりうるにちがいない。のちの場合に詐欺行爲取消權の行使により法がみとめた効果を取消しうるとするならば、それは取消とはいつても、だれかのした行爲を取消しているのではなくて、行爲を取消することなく効果だけを取消しているのであり、それは一二一條の取消とは本質を異にするものである。私は、一二一條の取消が行爲は取消さず効果を取消すということを含むものであるならば、たとえば人が詐欺強迫によつてある行爲の取消または追認をしなかつたために一定の法律効果を附せられた場合（條一九）、詐欺強迫により民法一二五條の事由があり、そのため同條により追認をなしたものとみなされる場合などに、詐欺強迫による取消をこれらのみなされた効果につきみとめるという解釋をたてることも、あながち不可能ではなくてくるのではないかと思う。しかし私はそれは取消というこの本質に反することであると考える。私は詐欺行爲取消ということが、じつは取消とは本質を異にするのであり、詐欺行爲（それはほんらい法律上適法な行爲なのである）をもつて受益者が執行債權者にたいし對抗しうべき權限を失わしめられるという意味に理解することによつて、はじめて取消しうべき詐欺行爲の範圍を詐欺行爲取消權制度の存在目的にふさわしい

限度においてひろげることができるのだと思う。私は民法一九條の効果、同一一四條の効果、同一二五條の効果、同一四條二項により裁判をもつて債務者の意思表示にかえる効果など擬制による法律行為は、その種類を問わず、詐害行為取消債權者がそれを詐害行為として取消することによつて自己にたいする關係で、受益者をしてそれを對抗しうべき權限を失わしめる効果を生ぜしめると解して、これらについても詐害行為取消を可能なりと解する。時効中斷をなさざりしことが詐害行為となる場合についても、私は詐害行為取消權の行使を、けだしそれは執行債權者にたいする關係で第三債務者<sup>(受益者に
あたる)</sup>が時効完成をもつて對抗することができなくなつたと同一の効果を生ぜしめることであるが故に、可能であると考ええる。同様に手形拒絶證書不作成が詐害行為たる場合にも、詐害行為取消はけだしそれはこの場合の受益者が執行債權者にたいする關係で手形拒絶證書不作成というをもつて對抗することをできなくするという効果を生ぜしめるということであるのだから、これを肯定しうる。強制執行の故意的防禦不作為について、詐害行為取消により取消債權者にたいする關係において受益者<sup>(強制執
行者)</sup>が強制執行の故意的防禦不作為の効果を對抗できぬようにする効果を生ぜしめることになるのであるから、これにつき詐害行為取消をみとめてよいと思う。これを要するに、詐害行為取消を民法一二一條の取消と同じに考えるべきものとする立場をとるならば、取消しうべき詐害行為の範圍は狹義の法律行為にかぎると解すべきであり、もし取消ということが、行為はそのまゝにしておいてそれに法が附した効力のみを取消しうるということをふくみうるものだとするならば、上記の詐害行為取消を肯定すべきすべての場合につき、たとえば詐欺強迫によつてそういう不作為の結果となつたということを主張して、右効力を取り消すという理論構成もあながち不可能ではないことになると思われ、私は疑をいだくのである。

三 詐害行爲訴權の成立要件にかんする二・三の問題

詐害行爲が不法行爲たる本質をもつものであることはすでにのべたが、詐害行爲を構成する債務者の行爲はもともと贈與、賣買、債務免除、無償債務負擔行爲等適法のものであるが故に、それがどのていどに債權者を詐害した場合に不法行爲としての詐害行爲になるのかということは、時において紙一重の微妙なところで決定せねばならぬことがあり、すこぶる困難な問題を生ずる。のみならず詐害行爲取消權の行使の相手方はつねに受益者または轉得者なのであつて、債務者ではないのであるから、なおさら問題が複雑である。私はこの點につき、受益者は、債務者のなした行爲が一方においては法律上適法な行爲であるにもかかわらず、他方においては取消債權者にたいする關係では詐害行爲という不法行爲を構成する惡質なもの——それ故に債務者が過失によりてそれが詐害行爲であることを知らなかつたというように惡質性が故意の場合にくらべて低い場合には、それは惡質さのていどが低いが故にここでは除外せられる——であることを受益の當時知りていたるが故に取消權の行使をうけるのであるから、つぎのことが詐害行爲訴權の成立要件を決定するにあたつてとくに考えられねばならぬと思うのである。

第一は、詐害行爲は不法行爲を構成するていどの惡質のものでなければならぬということである。それに不法行爲が成立する可否かについては、一般の不法行爲の場合と同様に、侵害行爲の態容、處分財産の債務者の資産中しめる重要性、債務者の資産狀態や右行爲の目的、侵害行爲のなされた前後の事情、債權者の詐害された損害のていど、そ一切の事情を綜合考慮して、決定せられねばならぬ。侵害行爲は、すでにたびたびのべたように、それはもともと法

律上の適法行爲であるものなるが故に詐害行爲としての不法行爲の成立要件としてというよりもむしろ逆に不法行爲成立の阻却要件として考えられねばならぬことを注意すべきであらう。とりわけすでに辨済期の到來したる債務の履行のごときは、ほんらい債務者が義務としてなすべきこととなるが故に、右の阻却要件として大きい意義をもつことがみとめらるべきである。詐害行爲がほんらい法律上適法のものであるが故にこそ、それが詐害行爲として不法行爲となるためには、それをなしたる債務者がたんなる過失にてその詐害行爲たることを知らなかつたということであつてはたりないとせられるのであり、故意（私は重過失を故意と同一視すべきものと思う）の要件が必要とせられるのである。詐害行爲は、それが無償のものである方が有償のもの（相当なる対価）よりも惡質性が強く（立法例としては無償の詐害行爲については詐害意思の要件を必要とせずとするものがあり、立法論としてはこの方がすぐれていると思ふ）、また詐害行爲の客體となつた債務者の財産が債務者の總財産中にて重要性少きものであればあるほど惡質性は少いとみるべきであらう。債務者の處分財産が債務者の唯一の主要な財産であるがごとき場合は惡質性が相當強いものと考えるべきである。また債務者の詐害行爲をなした當時の資産狀態が悪ければ悪かつただけ惡質性を強めるものと思われるのでありさればこそ破産宣告に寸前の時期における詐害行爲については、詐害意思すら必要とされなくなるのである。この意味で私は四二四條と破産法七二條一號はまつたく同趣旨の文言をしているのであるが、詐害行爲の認定については否認權の場合の方が詐害行爲訴權の場合にくらべて點が甘くなつてゐることは當然のことと思うのである。また詐害行爲をなすにあつたの債務者の目的も、たとえばおなじ債務にしても、故意に他の債權者には辨済を回避する目的で、特定の債權者にたいしてのみとくに秘密裡に履行したり、あるいはとくに抵當債權者にたいして、抵當權より解放された不動産を處分してかくしやすく消費しやすき現金にかえる目的をもつて、

他の諸債權者を避けて履行したりするがときは、惡質性のていどを強めるものといふべく、またたとえばおなじ時價をもつてする處分行爲といえども、それをなした債務者の目的が、期限の到來した債權を辨濟せんがため、または公租公課を支拂うため、また右代金に相當する他の(一般債務者の共)安全確實な物件を購入せんがため、または右金錢を自棄的に消費し(投機的なことに浪費する等)あるいはかくしてしまふため等々の目的のいかんによつて、惡質性の有無ていどの決定に相當の影響をおよぼすべきものと解すべきである。詐害行爲のなされた前後の事情も、それが詐害行爲の時と時間的に接着一つあり、したがつてそれらを包括してひとつの行爲と考えられようものであるかぎりは、これを惡質性のていどの判定資料にとりいれるべきであり、たとえば詐害行爲の時の債務者の目的が債務者の表面口にする口實はいかにあらうとも客觀的には那邊にあつたかは詐害行爲の時以後の債務者の行爲によつてはじめて客觀的にとらえることができるわけである。また詐害のていどの問題については、それは債務者の財産の減少をきたすべき行爲なる場合と、財産の減少はみとめられぬが、しかし一般債權者の共同擔保を害するという結果が生じている場合とは、前者の方が後者よりも惡質性強く、この點については、なお一步すすんで私は前者の場合には詐害行爲訴權の他の諸要件をみたしているかぎり、原則として詐害行爲という不法行爲の成立をみとめてよいが、これにたいして後者の場合には、すでにのべたような諸事情の相當惡質性強きものがこれにつけくわらぬかぎり、詐害行爲としての不法行爲の成立は容易にはこれをみとめがたいということができないのではないかと思うのである。しかしそれはともかくとして私はいかなる行爲が詐害行爲という特殊の不法行爲を成立せしめるかの問題の検討にあたつては、詐害行爲は不法行爲であるということにもとづいて、一般の不法行爲の成立要件を考える場合とまつたく同様に、諸般の事

情を綜合して、決定すべきであるを考える。從來の學說のやつてきたやりかたのような、どれか一つだけを取りだして、これがたして詐害行爲となるか否かを他の諸事情からきりはなしていいきつてしまうのは、非常に危険なことだと思ふのである。

右のような私の考えかたにたいしては、つぎのような異論がありうるであらう。第一は、詐害行爲の成立のためのいわば構成要件は相當はつきりきまつていないと、詐害行爲訴權が成立するか否かが不明確、不確實きわまることとなつてしまい、取引の安全を害することおびただしいことになりはしないか、とりわけ辨濟期のすでに到來せる債務の辨濟について、これをなした債務者の右行爲をなすにいたつた目的によりて、しかも私のとくごとくんば詐害行爲がなされた後における債務者の行爲によつて、その不法行爲としての詐害行爲となるか否かの判定をくだすべきものとなすにおいては、なおさらのことではないかということである。かかる批判をなす論者の多くは、詐害行爲成立要件としては、債務者の資力の減少という結果の生ずることを必要なりとし、右資力の減少なきも一般債權者の共同擔保を害する結果を生じたという場合のごとき（たとえば相當な對價を得ての財産處分行爲や辨濟期すでにいたれる債務の辨濟のごとし）は、これはほんらい破産法上の否認權の問題として解決せらるべきことであつて、民法四二四條の問題となすべきではないと主張しているのである。なるほど右の立場においては、詐害行爲の成立しうべき場合は非常にはつきりと限定せられてくるであらう。しかし私は取引の安全の保護ということについては、私のような立場をとつても、けだし受益者や轉得者の惡意ということが成立要件としてあげられているので、本當はほとんど心配のいらぬことではないかと思ふのである。また民法四二四條の債權者取消權については、一般債權者間の平等辨濟という理想は、右取消權の成立要件の決定において

とりあぐべきことではないという論者の主張は、ドイツ法におけるように、取消債權者に、他の債權者に優先して、受益者または轉得者よりの返還財産につき、その債權の満足をうけうる權利をみとめ、その民事訴訟法が差押質權の成立をみとめて差押優先主義をとっているようなところでは、たしかに一理があると思われるのであるが、わが法のように詐害行爲の「取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ズ」^(四二)_(五條)とし、強制執行法上はすべて執行に参加しきたる債權者を平等にとりあつかう主義がとられているところでは、かならずしもそうでなくてはならぬという理論的必然性はないように思われるのである。むしろ私は詐害行爲のなされた時の事情のいかんによつては、簡単な私的強制執行手續とでもいうべき平等辨濟の手續を詐害行爲訴權によつて實現させることの方が、かの破産法上の手續をそこにとるということがあたかも鶏をさくに牛刀をもつてするがごとき感のある場合には、適切妥當なのではなからうかと思うのである。たとえば債務者が債務超過、支拂不能、支拂停止の状態にあり、しかも知れたる債權者の數も多くなく、詐害行爲訴權によつて取戻したる財産が債務者の積極財産中主要なものであるというがごとき場合には、實質的に詐害行爲訴權を債務者の財産の簡粗な清算手續というかたちにおいて運營することは、大いに考えられてよいことではなからうかと思うのである。そうだとすれば、かかる意味で、詐害行爲訴權の成立をみとむべきか否かの判定にあたつては、かかる見地にたつての價值判斷の資料となりうる諸事情も綜合判定資料の一にとりいれらるべきである。この問題に關連してひとつの問題がある。その第一は、詐害行爲成立後に成立したる債權について詐害行爲訴權の成立をみとむべきか否かということである。私は右のいわゆる簡易な私的強制執行手續として機能せしめるための詐害行爲の成立要件ということだけを考えるならば、これを肯定してもよいような氣がするのであるが、しかし

私はこの場合には右債権者はなお右の詐害行為によりて自己の債権を詐害せられているという事實がまつたくなひのであるから、詐害行為訴訟の成立をみるとむべきではないと思う。その第二は、取消債権者が自己の債権額を超過するに、債務者の詐害行為を取消しうるかということである。原則としてはこれを肯定しえぬ（詐害行為訴訟は原状に回復されるべきものなるをもつてである）といふのが原則であるべきだが、なお四二五條により參加し配當を要求する他の債権者がありうべきことにかんがみて、それらを考慮にいれて債権保全のために必要なりとみとめえられる限度では、債権の數額をこえても取消權を行使しうべきものと解すべきである。この點は、一債権者がその債権にもとづき、自己の債権額を超過するに債務者の財産を差押えることができるかといふ問題とパラレルに答えるべきものと思う。

第二は、詐害行為訴訟の行使はそれが不法行為の原状回復訴訟であることの性質にもとづき原状回復に必要にして十分なる効果のみを實現すればたりるのであるから、あらゆる場合に債務者を被告とする必要がないということに關連することである。すなわちその訴訟の行使の相手方被告はつねに受益者かまたは轉得者であるのであるから私はまず受益者については、かれが債務者の詐害行為につきその事實を知つていたが故に、債務者の詐害行為に共謀したといわれてもしかたがないといふに、いかに惡意を、受益者にたいする詐害行為訴訟の成立要件として必要とすると解すべきだと思ふ。債務者のなす詐害行為は不法行為たるにふさわしき惡質なものであるべきだとされるのだから、そのような惡質行為の相手方たる受益者は、しかくそれが惡質であるが故に、法によつて、右のいどの惡意があるであらうことを推定せられるのであり、したがつてもし債務者の詐害行為の成立が肯定せられたならば、受益者

はこれにたいして受益の當時すなわち債務者の詐害行為の當時において惡意でなかつたことを立證しなければ詐害訴訟の責任をまぬかれることをえないのである。しかし右の惡意とは、私は、詐害行為が不法行為となりうるまでの惡質のものであつたことについて知つていたこと（意欲は必要ではないが認識あることを要する）を意味するのであり、右の認識も、そのていどの認識がある以上は債務者の詐害行為たる不法行為に加擔していたにちがいないと考えられるていどのはつきりした認識であるべきことが、必要とされねばならぬと思う。轉得者の惡意についてもまた同様である。この點は今日まで、被告を受益者または轉得者のみであるとして、債權者を被告とするを要せぬとした判例通説の立場においては、この點にかんする考慮が必要であると思われるにかかわらず、非常に輕くとりあつかわれていたのではないかと私は思うのである。また反面、債務者の詐害行為の惡質性は、その行為の受益者をして受益者たるが故に惡意を推定せられねばならなかつたほど、また轉得者があれば轉得者なるが故に惡意を推定せられねばならなかつたほど、それほど明白公然なものであり、かついちじるしいものであることが要求せられねばならぬと私は考える。この點も從來の學說がその理論を展開するにあたつて輕視してきたところだと私は思う。さらにまた受益者の受益行為が債務者の詐害行為にたいし共同正犯的な關係がみとめらるべきほど惡質のものである場合には、私は債務者の詐害行為の惡質性がそれほどいちじるしくない場合にも、なお受益者にたいして詐害訴訟權を肯定すべきであると考ええる。ただし詐害行為における原狀回復訴訟權の中心問題は、詐害行為にもとづく損害を、債權者をして負擔せしむべきか受益者をして負擔せしむべきかといふことの決定にあるのであるから、たとえ詐害行為じたいの惡質性が適法性と紙一重のすれすれのところにあるような場合であつても、受益者の受益行為の惡質さが詐害行為にあらわれた債務者の惡質さと同等にち

かいほどいぢるしいものである場合には、詐害行爲の原狀回復請求權を肯定すべきである。もし債務者が被告となさるべき場合ありとすれば、私は詐害行爲訴權にたいし被告たる債務者はその故意である場合のみならず過失である場合にも責に任ずべきものだと思ふのであるが、この訴權においては受益者のみが債務者の詐害行爲について責に任せしめられるものであるが故に、債務者の詐害意思がある場合にのみ詐害行爲訴權が成立するとせられるのであり、したがつて私は債務者と受益者間に共同正犯的な惡質さがあらわれているときには、受益者は債務者の詐害行爲の惡質性がそれほどいぢるしくない場合にも、詐害行爲訴權につき責に任せしめらるゝことがあつてもよいはずだと思ふのである。いいかえるならば債務者の詐害行爲の成立を判定する諸般の事情ということのなかには、受益者の受益行爲の惡質さということもふくまれねばならぬことを、私は主張するのである。

第三に、詐害行爲訴權につき私的強制執行手續としての機能にあたえ、取消債權者以外の債權者について配當に參加しうる權利をみとめることは、ほんらいは詐害行爲取消權の本質的内容をなすことがらではないのであるが、四二五條がある以上私はこれを肯定せねばならぬと思う。すなわち四二五條は取消債權者が取戻した詐害利得につき、右債權者にたいし優先してこれを自己の債權の辨濟に充當しうべき權利をみとめず、他の債權者にいわば配當加入の權をみとめたものである。右配當加入の權は右詐害行爲の受益者(その辨濟受領を取消されたる債權者のごとし)や詐害行爲訴權なき債權者(詐害行爲成立したる債權者のごとし)にもみとめられるべきである。しかし四二五條の規定は簡單すぎて疑問が多い。たとえば總債權者にたいする平等辨濟の手續については、まつたく規定がないために生ずる疑問のごときである。しかしこれは破産手續ではなく、詐害行爲訴權の行使を私的強制執行手續のごとくに見るだけのことであるから、右執行手續にいわば參加せ

ざりし債權者はいわば右配當から除斥せらるべきものというべく、しからば債權者はいつまで配當要求をなしうるかという問題については明文なきため疑問もあるが、私は四二五條の趣旨を生かすために取戻後相當の期間内だと解したい。そのさいたとえば詐害行爲の受益者たる債權者はたとえ配當請求の申出なくも右配當から除斥しえぬ（これを反對に解すべきものとせば、すぐあとの括弧内のことは肯）ものと解する。また債務者のもつ債權を債權者が債務者から代物辨濟として譲渡をうけ、すでにこの債權の取立てが完了している場合に、右代物辨濟が詐害行爲として取消されたときは、右取立金額の全額を取消債權者に返還すべく（取消債權者の債權額と代物辨濟受領債權の債權額の比をもつてする按分比例にて計算した前者の取分に相當する利得の返還と解すべきではない、けだし取消債權者は總債權者のためのいわば）ただし右取立に要した費用はほんらいから最優先的に償還せらるべきものであるから、右費用に相當する金額は右代物辨濟受領債權者において留保しうると解すべきものと思う（のちの點については最近反對に解した判例があつた）、しかしそれはともかくとして立法論としては四二五條についてつと詳細な規定がほしいと思う。